Die Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung,

insbesondere im Verteilungsverfahren.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Friedrich Oppler
Kammergerichtsreferendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1911.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bendix, Die Vormerkung des neuen Rechts. In Gruchots Beiträgen Bd. 49.
Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901.
du Chesne, Vormerkung und Zuschlag. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1906.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. Jena 1904.
Dernburg, Bürgerliches Recht: Sachenrecht. 4. Aufl. Halle 1906.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 8./9. Aufl. Berlin 1905.
Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht 1904. Bd. 2. 2. Aufl. Marburg 1901.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Festgabe der Juristischen Gesellschaft für Koch. Berlin 1903. (Abhandlung Seckel.)
Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Kommentar. 2. Aufl. Berlin 1910.
Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. Berlin 1902.
Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes. 1895.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. Berlin 1905.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Jaeckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. Berlin 1909.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1904.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Abt. A. (zit.: KGJ.)
Kohler, Vertrag und Übergabe. Im Archiv für das bürgerliche Recht Bd. 18.
Kretschmar, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Leipzig 1904.
Kretschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. Bd. 1. Leipzig 1902.
Lindemann, Behandlung vorgemerkter Rechte bei Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses. Im Recht 1906.
Lippmann, Die Vormerkung auf Auflassung in der Zwangsversteigerung. In Iherings Jahrbüchern Bd. 54.
Männer, Das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. München 1906.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin 1888.
Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Motive zu dem Entwurf eines Gesetzes betr. die Zwangsvollstreckung des unbeweglichen Vermögens.

Neumann, Vormerkung und Veräußerungsverbot. In der Juristischen Wochenschrift 1902 S. 454 ff.

Oberneck, Reichsgrundbuchrecht. Bd. 2. 4. Aufl. Berlin 1909.

Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung. Breslau 1902.

Philipsen, Die Vormerkung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jenenser Diss. Berlin 1903.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1905.

Predari, Grundbuchordnung. Berlin 1906.

Priester, Die alte und die neue Vormerkung. Im Archiv für das bürgerliche Recht Bd. 22.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Sachenrecht.

Reichel, Die Vormerkung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrbüchern Bd. 46.

Reinhard, Das Zwangsversteigerungsgesetz. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1901.

Scherer, Sachenrecht. Erlangen 1889.

Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs. Leipziger Diss. 1899.

Sekler, Die Lehre von der Vormerkung. München 1904.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Bd. 1. 2. Hälfte. 4. Aufl. Berlin 1909.

Staudinger-Kober, Sachenrecht. 5./6. Aufl. München und Berlin 1910.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte an Grundstücken. 1898.

Turnau u. **Förster,** Das Liegenschaftsrecht. Bd. 1: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Paderborn 1906.

Weigelt, Vormerkung und Widerspruch im deutschen Grundbuchrecht. Breslauer Diss. 1901.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 u. 2. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, M. (Enneccerus, Kipp, Wolff), Sachenrecht. Marburg 1910.

Wolff, Th., Das Reichsgesetz über Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung. 9. Aufl. Berlin 1909.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. 4. u. 5. Jahrg.

Einleitung.

Die Vormerkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist eine vorläufige Eintragung im Grundbuch, die dazu bestimmt ist, einen persönlichen Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück oder Grundstücksrecht zu sichern. Diesem ihr eigentümlichen Sicherungszweck wird die Vormerkung dadurch gerecht, daß sie vornehmlich folgende zwei Wirkungen ausübt:

Jede nach ihrer Eintragung über das Grundstück oder Grundstücksrecht erfolgende Verfügung ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, und sodann ist für den Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bereits die Eintragung der Vormerkung maßgebend (§ 883 Abs. 2 u. 3 BGB.).

Der Vormerkung kann nun ein Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder Grundstücksrechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes zugrunde liegen, sie kann einen Anspruch auf Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechtes, z. B. eines Nießbrauchs oder einer Hypothek, sichern, sie kann aber auch den Anspruch auf Einräumung des umfassendsten dinglichen Rechtes, nämlich des Eigentums an einem Grundstücke, betreffen.

Speziell in dieser letzten Form, also als Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung, ist sie besonders bemerkenswert, und zwar nicht allein aus dem Grunde, weil sie in dieser Gestalt häufig vorkommt. Da nämlich einerseits eine bedingte oder befristete Auflassung nichtig ist, andererseits die Vormerkung auch zur Sicherung eines bedingten und befristeten, ja sogar eines zukünftigen Anspruchs eingetragen werden darf, so gewährt die Auflassungsvormerkung die Möglichkeit, ein Grundstück mit annähernd der gleichen Wirkung zu übertragen, als wenn die Auflassung selbst unter einer Bedingung oder Befristung

erfolgen würde. Da ferner die Auflassungsvormerkung dazu benutzt werden kann, einen Anspruch auf Rückauflassung zu sichern, z. B. ein vertragliches Rücktrittsrecht oder auch einen Wandlungsanspruch, da weiter mit ihrer Hilfe sich eine Rechtsgestaltung ermöglichen läßt, die mit einem dinglichen Wiederkaufsrecht große Ähnlichkeit hat — dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist sonst ein dingliches Wiederkaufsrecht unbekannt —, so ist es begreiflich, daß die Vormerkung auf Auflassung schon aus diesen Gründen im Grundbuchverkehr eine bedeutende Rolle spielt.

Steht eine solche Auflassungsvormerkung also im Grundbuche, so ist der als Eigentümer noch Eingetragene formell weiter zu jedweden Verfügungen legitimiert, solange nicht eine Realisierung des Übereignungsanspruchs stattgefunden hat, während ihm tatsächlich die Möglichkeit genommen ist, noch in irgendeiner Weise über das Grundstück zu verfügen. Tut er es doch, so entbehren die von ihm vorgenommenen Rechtsakte eben jeder Wirkung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber.

So weit kann die Bedeutung der Auflassungsvormerkung nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, denn sie ergibt sich unmittelbar aus der Bestimmung des § 883 Abs. 2 BGB.

Sehr bestritten ist aber die Frage, welche Bedeutung der Auflassungsvormerkung dann beizumessen ist, wenn das Grundstück sich in der Zwangsversteigerung befindet.

Hierbei sind zwei völlig verschiedene Tatbestände zu unterscheiden. Die Auflassungsvormerkung kann entweder im Range dem Anspruch des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers vorgehen (prälozierte Auflassungsvormerkung), oder umgekehrt: Es kann die Zwangsversteigerung von einem Gläubiger betrieben werden, dessen Anspruch vor Eintragung der Auflassungsvormerkung entstanden ist, so daß also letztere im Range nachfolgt (postlozierte Auflassungsvormerkung [1]) und im geringsten Gebot nicht berücksichtigt werden kann.

---

[1]) Lippmann nennt in seinem Aufsatz, mit dem wir uns später noch mehrfach zu beschäftigen haben werden, „die Vormerkung auf Auflassung in der Zwangsversteigerung" (Iherings Jahrb. Bd. 1 S. 54) die Auflassungsvormerkung, wenn sie dem Anspruch des betreibenden Gläubigers im Range vorgeht, präloziert, wenn sie ihr im Range nachfolgt, postloziert. Wir wollen diese Ausdrücke wegen ihrer Prägnanz und Kürze auch hier des öfteren anwenden.

Über die Behandlung beider Fälle herrscht Streit, der seine Erklärung darin findet, daß eine spezielle Regelung weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch im Zwangsversteigerungsgesetz vorgesehen ist. Während nun der Fall der postlozierten Auflassungsvormerkung von weitaus größerer praktischer Bedeutung ist als der der prälozierten, hat merkwürdigerweise gerade die letztere bisher eine viel eingehendere Würdigung erfahren. Zwar ist auch die Frage, welche Bedeutung der postlozierten Auflassungsvormerkung zukommt, in der Literatur vielfach aufgeworfen worden, und auch die Rechtsprechung hat sich mit ihr in allerdings einander widersprechenden Entscheidungen beschäftigt. Aber zum großen Teil entbehren die im einzelnen vertretenen und sich schroff gegenüberstehenden Ansichten der hier besonders notwendigen eingehenden Begründung.

Wenn wir im folgenden die Wirkung der Auflassungsvormerkung in der Subhastation darzustellen versuchen, wollen wir daher in erster Linie die postlozierte Auflassungsvormerkung behandeln mit Rücksicht auf ihre größere praktische Bedeutung und im Hinblick auf die Tatsache, daß das Problem ihrer Behandlung im Verteilungsverfahren noch weit weniger geklärt ist als die bei der prälozierten Auflassungsvormerkung in Betracht kommenden Streitfragen.

Erster Abschnitt.

Die postlozierte Auflassungsvormerkung.

Erstes Kapitel.

§ 1.

Die rechtliche Natur der Vormerkung.

Die Frage, welche Bedeutung der postlozierten Auflassungsvormerkung zukommt, führt uns, wie schon angedeutet, auf ein lebhaft umstrittenes Gebiet. Darüber jedenfalls, daß die Auflassungsvormerkung der Zwangsversteigerung nicht im Wege steht, wenn sie dem Anspruch des betreffenden Gläubigers nachgeht, herrscht im allgemeinen Einverständnis, wiewohl von einer Seite behauptet wird, daß auch hier mit Rücksicht auf § 28 ZVG. eine Subhastation nicht stattfinden dürfe. Wie ist aber die postlozierte Vormerkung auf Auflassung im Verteilungsverfahren zu berücksichtigen? Die einen erklären: überhaupt nicht, andere sagen: als bedingtes Recht oder wenigstens nach Analogie eines bedingten Rechts, und unter letzteren besteht wieder Streit darüber, welcher Betrag aus dem Versteigerungserlöse der Auflassungsvormerkung zufallen müsse. Alle aber berufen sich zur Begründung ihres Standpunktes auf die Natur der Vormerkung, und das erklärt sofort die Divergenz der Ansichten. Denn die Voraussetzung, von der man dabei ausgeht, ist nicht etwa ein in der Rechtswissenschaft allgemein anerkanntes Prinzip, sondern die Frage nach der Natur der Vormerkung ist selbst eine der bestrittensten des Zivilrechts. Macht man aber von dem Wesen der Vormerkung im allgemeinen die Frage nach der Wirkung der Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung abhängig, so leuchtet es allerdings von vornherein ein, daß man zu den verschiedensten Ergebnissen kommen muß, wenn

man der Vormerkung dinglichen oder obligatorischen Charakter oder die Natur eines Veräußerungsverbotes zuschreibt.

Da ferner auch für die Frage der Zulässigkeit der Zwangsversteigerung, die bei der prälozierten Auflassungsvormerkung vor allem wichtig wird, lediglich die rechtliche Natur der Vormerkung entscheidend ist, so ergibt sich für uns zunächst die Notwendigkeit, auf das Wesen der Vormerkung einzugehen und in dem heftigen Streit der Theorien Stellung zu nehmen.

Natürlich kann die folgende kurze Darstellung nicht darauf Anspruch machen, die Frage erschöpfend zu behandeln. Wir wollen nur einen kritischen Überblick über die prägnantesten Theorien zu geben versuchen und dabei insbesondere die Vormerkung auf Auflassung im Auge behalten.

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Vormerkung sind in den §§ 883—888 BGB. und in einzelnen Paragraphen des Zwangsversteigerungsgesetzes und der Konkursordnung enthalten. Diese äußerst knappe gesetzliche Regelung ist einer der Hauptgründe für den Umstand, daß die Meinungen hinsichtlich der Vormerkung so auseinandergehen. Jedoch sind die Streitfragen nicht etwa erst durch das Bürgerliche Gesetzbuch entstanden: Die Natur der Vormerkung war schon im früheren preußischen Recht — hier war sie allerdings anders gestaltet als heute — lebhaft bestritten. Auch bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs trat der Widerstreit der Meinungen zutage. Während der 1. Entwurf[1]) die Vormerkung — im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches — überhaupt ganz beseitigt hatte, wurde sie bei der 2. Lesung wieder aufgenommen, und zwar nahm man bewußt von einer eingehenderen Regelung des Vormerkungsrechts Abstand, weil man eine weitere Ausgestaltung dieses Gebiets der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen wollte.[2])

Von der großen Zahl der Theorien, die in der Literatur bisher aufgestellt worden sind, hat es zu allgemeiner Anerkennung noch keine bringen können.

---

[1]) Mot. zu § 844.

[2]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 107—118.

Nicht unrichtig dürfte es sein, sie im großen und ganzen in zwei Gruppen zu scheiden: Die eine bilden diejenigen, welche der Vormerkung dingliche Natur zuschreiben, die andere jene, welche ihr bald mehr, bald weniger eingeschränkt, ihren obligatorischen Charakter belassen wollen.[1])

Fangen wir bei dem radikalsten Vertreter der ersten Gruppe an. Es ist Othmer,[2]) der seine Ausführungen in dem Satz[3]) kulminieren läßt: „Die Vormerkung hat, abgesehen von den Vermutungen des § 891 BGB., dieselben Wirkungen wie die definitive Eintragung". Er behauptet also, daß die Vormerkung auf Auflassung schon das Eigentum verschafft, und kommt in Konsequenz seiner Auffassung z. B. zu dem Resultate, daß der aus einer Hypothekenvormerkung Berechtigte bereits die dingliche Klage erheben könne. Ein Haugtargument für seine Theorie bildet der § 48 ZVG., nach dem durch Vormerkung gesicherte Rechte wie eingetragene Rechte zu behandeln sind. Aber gerade auch dieser § 48, auf den wir im Verlauf unserer Ausführungen noch näher eingehen werden, ist ein Beweis gegen seine Theorie. Denn abgesehen davon, daß § 48 ZVG., wie sonst wohl fast allgemein anerkannt wird, eine für das Zwangsversteigerungsrecht gegebene Sonderbestimmung enthält,[4]) läßt die Fassung dieses Paragraphen mit Deutlichkeit erkennen, daß das Gesetz in der Vormerkung nicht dasselbe wie Othmer sieht. Wenn es im § 48 ZVG. heißt: „.... sind wie eingetragene Rechte zu behandeln", so folgt daraus notwendig, daß durch Vormerkung gesicherte Ansprüche eben keine eingetragenen Rechte sind.[5]) Ferner könnten überhaupt, wenn die Vormerkung das definitive Recht schon schafft, nachfolgende Verfügungen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch gar nicht mehr beeinträchtigen,[6]) und es wäre § 883 BGB.

---

[1]) Eine ausführliche Übersicht über die einzelnen Theorien findet sich u. a. bei Biermann S. 167—184, bei Sekler S. 111—129, Reichel S. 139—145 und besonders Othmer S. 9—60.

[2]) Die rechtliche Wirkung der Vormerkung.

[3]) Othmer S. 67.

[4]) vgl. z. B. RG. Bd. 65 S. 261.

[5]) Turnau-Förster S. 200 zu § 883; Philipsen S. 34.

[6]) Ebenso Sekler S. 122.

vollkommen überflüssig. Othmer sieht sich selbst[1]) genötigt, anzuerkennen, daß nach seiner Theorie § 883 Abs. 2 „jede selbständige Bedeutung" verliere.

Daß Othmers Standpunkt ein verfehlter ist, wird wohl keinem Zweifel unterliegen, und seine Theorie hat bisher auch allseitige Ablehnung gefunden. Treffend bemerkt z. B. Reichel,[2]) daß man, wenn diese Lehre richtig wäre, sich überhaupt nicht eintragen zu lassen brauchte, sondern man hätte bloß seinen Titel zu beweisen und die Vormerkung zu erwirken. „Die Umständlichkeiten und Kosten", so führt Reichel mit Recht weiter an, „welche die Herbeiführung einer Definitiveintragung mit sich bringt, könnten erspart werden! Es bedarf keiner Ausführung, daß solche Konsequenz den fundamentalen Prinzipien des Sachenrechts und insbesondere des Grundbuchrechts schnurstracks zuwiderliefe."

Nicht so weit wie Othmer geht Fuchs.[3]) Auch er läßt mit der Vormerkung das dingliche Recht bereits entstehen, aber nicht definitiv wie Othmer, sondern als bedingtes.

Daß seine Theorie mit der Terminologie des Gesetzes unvereinbar ist, wird von ihm selbst zugegeben. Es ist selbstverständlich, daß da, wo der klare Geist des Gesetzes sich mit der Terminologie nicht deckt, der Wortlaut nicht den Ausschlag geben darf. Insofern wird man mit Biermann[4]) unbedingt Fuchs recht geben müssen. Wenn aber — dieser Punkt ist u. E. hierbei von Fuchs nicht genügend berücksichtigt — der Geist des Gesetzes bei der Regelung der Vormerkung wirklich so klar zum Ausdruck gekommen wäre, wie wäre da eine so große Anzahl sich gegenüberstehender Ansichten über die Natur der Vormerkung möglich? Der Geist und Wille des Gesetzes tritt vielmehr nichts weniger als klar hierbei zutage, und es gilt, ihn erst zu erforschen. Daß man aber dabei die Terminologie einfach ignoriert, dürfte wohl ganz allgemein nicht angebracht sein, am wenigsten gewiß beim Bürgerlichen Gesetzbuch, das die terminologische Seite mit spezieller Sorgfalt behandelt. Sinn und Wille des Gesetzes wird oft genug

---

[1]) Othmer S. 67.

[2]) Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 141.

[3]) Bem. 8 a a S. 113 ff. zu § 883; Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 564.

[4]) Biermann S. 168.

hier deutlich zu erkennen sein. Gerade eine Theorie, die mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch steht, wird man mit besonderer Sorgfalt prüfen müssen, ehe man sie akzeptiert. Und es zeigt sich, daß auch die Fuchssche Theorie einer kritischen Beleuchtung nicht standhält. Besonders Biermann hat sich mit ihr in seiner wiederholt zitierten Monographie eingehend beschäftigt und gegen sie polemisiert.[1] Zunächst wendet Fuchs sein Prinzip nicht einheitlich auf alle Vormerkungen an, sondern er gibt, was uns hier besonders interessiert, für die Vormerkung auf Auflassung eine besondere Erklärung. Während er durch Vormerkung gesicherte Ansprüche auf Belastungen als unbedingte Belastungen ansieht, bezeichnet er den durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Auflassung nicht als bedingtes Eigentum, sondern gleichfalls als bedingte Belastung, stellt also einmal die Vormerkung im Wesen dem endgültigen dinglichen Rechte völlig gleich; im zweiten Falle macht er aus ihr etwas ganz anderes.[2] Auch die durch Anerkenntnis oder durch rechtskräftiges Urteil erfolgende Liquidestellung des Anspruchs, in der Fuchs die Bedingung erblickt, entspricht nicht einer Bedingung des Bürgerlichen Gesetzbuches, wie Biermann nachweist. Andernfalls müßte mit Eintritt dieser Liquidestellung auch die von ihr abhängig gemachte Wirkung eintreten (§ 158 Abs. 1 BGB.). Dies, d. h. die Realisierung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs, geschieht jedoch nicht schon durch Anerkenntnis oder rechtskräftiges Urteil, sondern erst durch die Eintragung, die ihrerseits wieder (als eine condico iuris für den Eintritt der Rechtsänderung) nicht als Bedingung im technischen Sinne angesehen werden darf.[3]

Während wir aus den angeführten Gründen die Fuchssche Theorie nicht anerkennen können, werden wir uns ebenso der Konstruktion Jaegers gegenüber ablehnend verhalten müssen. Wenn Jaeger früher die Vormerkung als eigenartiges, akzessorisches Recht an Grundstücken charakterisierte, schließt er sich jetzt ganz der Fuchsschen Theorie an und behandelt den durch Vormerkung

---

[1]) Biermann S. 167—176.
[2]) vgl. Biermann S. 168/69.
[3]) vgl. Biermann S. 175 ff.

gesicherten Anspruch gleichfalls als bedingtes dingliches Recht. Er weicht nur insofern von Fuchs ab, als er die Eigentumsvormerkung nicht als bedingte Belastung, sondern konsequenter als bedingtes Eigentum auffaßt. Gegen diese Konstruktion spricht natürlich auch alles das, was sonst gegen Fuchs geltend zu machen war, und wir können ohne weiteres auf das daselbst Gesagte verweisen.

Einen Standpunkt, der dem früher von Jaeger[1]) eingenommenen entspricht, vertritt Sekler.[2]) Er definiert die Vormerkung „als eigenartiges akzessorisches Recht an Grundstücken und Grundstücksrechten", als ein Recht, das die Befriedigung der gesicherten Ansprüche aus dem belasteten Gegenstand gewährleistet. Diese Konstruktion ist schon deswegen abzuweisen, weil sie klaren Bestimmungen des Gesetzes nicht entspricht. Es ist überhaupt verfehlt, die Vormerkung vom Anspruch loszureißen und sie als besonderes Rechtsgebilde, das zwar akzessorisch zu dem Anspruch hinzutritt, aufzufassen. Entspräche diese Anschauung wirklich dem Willen des Gesetzes, hätte das Bürgerliche Gesetzbuch in der Tat die Vormerkung ähnlich der Arresthypothek als ein Recht am Grundstück aufgefaßt, so würde es diese seine Absicht in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht haben. Das Gegenteil ist aber aus den von ihm getroffenen Bestimmungen zu entnehmen. Der Satz von der geschlossenen Zahl, dem numerus clausus der dinglichen Rechte, ist ein von Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkanntes Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[3]) Wollte man die Vormerkung als Belastung ansehen, so wäre damit ein neues dingliches Recht begründet, eine Tatsache, die mit jenem Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs unvereinbart ist. Sekler will sich zum Beweise der Richtigkeit seiner Theorie auf den Gesetzestext selbst stützen. Daß die Vormerkung ein Recht, d. h. ein dingliches Recht ist, soll aus § 887 BGB. hervorgehen, wo für sie das Wort „Recht" gebraucht wird. Ist damit aber schon bewiesen, daß dieses Recht unbedingt ein Recht an der Sache,

---

[1]) Jaeger S. 194 § 24 Anm. 2.

[2]) Sekler S. 124 ff.

[3]) vgl. z. B. Planck, Sachenrecht Bd. 7; RG. Bd. 48 S. 83, Bd. 51 S. 86.

ein dingliches ist? Es wäre doch u. E. ein sehr gewagter Schluß, weil das Wort „Recht" im § 887, also im 3. Buche des Bürgerlichen Gesetzbuchs steht, zu behaupten, daß damit nur ein dingliches Recht gemeint sein kann. Es ist unmöglich, daß dies dem Willen des Gesetzes entspricht, und daß es hier so en passant ein neues dingliches Recht statuiert.

Gerade die Theorie Seklers übrigens, die den Dinglichkeitsgedanken besonders energisch zum Ausdruck bringt, läßt die praktische Bedeutung, welche die Frage nach der Natur der Vormerkung für die Zwangsversteigerung hat, klar erkennen. Nach dieser Theorie muß die Vormerkung ohne weiteres zu den Realrechten gezählt werden, und als solches in der 4. Klasse des § 10 ZVG. Berücksichtigung finden. Es ist dies ein Resultat, zu dem ein Gegner der Dinglichkeitslehre — wenigstens auf Grund seiner Anschauung von dem Wesen der Vormerkung — niemals kommen könnte.

Zu den allerdings weniger radikalen Vertretern der Dinglichkeitslehre werden auch Cosack[1]) und Hellwig[2]) zu rechnen sein, die eine Unterscheidung zwischen dinglichen Rechten und Rechten an Sachen treffen und die Vormerkung zwar keine Belastung des Grundstücks, wohl aber ein dingliches Recht nennen. Daß eine solche Differenzierung zweckentsprechend ist, wird in der Literatur wohl mit Recht zum größten Teil bestritten. Im übrigen werden wir uns auch den Konstruktionen von Hellwig und Cosack aus den vorher schon erörterten Gründen, die gegen die Auffassung der Vormerkung als eines dinglichen Rechtes sprechen, nicht anschließen können.

Wir wollen uns nunmehr zu der Gruppe von Schriftstellern wenden, die der Vormerkung den dinglichen Charakter absprechen. Man wird wohl zu diesen unbedenklich auch die Vertreter der jus ad rem-Theorie zählen dürfen, jedenfalls steht ihre Anschauung von der Natur der Vormerkung den Theorien der obligatorischen Richtung näher als denen der dinglichen. Vor allem Gierke

---

[1]) Cosack, Lehrb. Bd. 2 S. 26, 2.

[2]) Hellwig, Rechtskraft § 37 I, 2 S. 254/55.

hat die Vormerkung im Wesen dem jus ad rem gleichgestellt.[1]) Auch Dernburg muß zu den Vertretern dieser Theorie gerechnet werden,[2]) ferner auch Lehmann.[3]) Ebenso gehörte früher Biermann zu den Anhängern dieser Lehre, während er sie jetzt aufgegeben hat.

Gegen die Theorie, nach der die Vormerkung die Natur eines jus ad rem hat, ist ins Feld zu führen, daß dem Bürgerlichen Gesetzbuch dieses Institut des preuß. allgem. Landrechts fremd ist. Wenn die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit aller Entschiedenheit die Wiederaufnahme des preußisches Rechtes zur Sache ablehnen,[4]) so wird man natürlich zugeben müssen, daß diese Tatsache an sich noch kein durchschlagender Beweis für die Unrichtigkeit der Theorie ist. Aber man wird dem energischen Widerspruch der Motive und Protokolle zum Trotz die Fahne des jus ad rem nur dann hochhalten können, wenn die gesetzliche Regelung der Vormerkung mit gebieterischer Macht zu einer solchen Auffassung drängt.[5]) Dies trifft jedoch sicherlich nicht zu.

Während die Vertreter der eben geschilderten Doktrin ein Institut des allgem. Landrechts in der Vormerkung wieder aufleben lassen wollen, erblickt Oberneck[6]) in ihr eine Ausdrucksform der gemeinrechtlichen obligatio in rem scripta.[7]) Diese Theorie müssen wir schon deswegen ablehnen, weil sie die Vormerkung unrichtig charakterisiert. Als obligatio in rem scripta aufgefaßt, würde die Vormerkung dem aus ihr Berechtigten einen Anspruch auf Erfüllung der Leistung gegen den dritten Erwerber

---

[1]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 21, 11 N. 50 und D. Priv.R.: Sachenrecht S. 338 N. 155.

[2]) Dernburg, Sachenrecht § 63 S. 183.

[3]) Lehmann, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 14.

[4]) Mot. Bd. 1 S. 218; Prot. S. 114.

[5]) Ähnlich bemerkt auch Reichel S. 149: „Solange die Vormerkung sich ohne Zuhilfenahme des Begriffs eines Rechtes zur Sache konstruieren läßt, ist dieser vom BGB. grundsätzlich zurückgewiesene Begriff außer Betracht zu lassen".

[6]) Ähnlich Kohler, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 94: Der Besitz macht also den obligationsrechtlichen Anspruch zu einer obligatio in rem scripta; er bewirkt also etwas Ähnliches wie bei unbeweglichem Gut die Vormerkung (§ 883 BGB.).

[7]) Grundbuchrecht Bd. 1 S. 450.

geben, so daß die Verfügung des Verpflichteten als wirksam angesehen werden müßte.[1] Dies widerspricht aber dem § 883 Abs. 2 BGB., vielmehr ist der Anspruchsgegner nach wie vor der ursprünglich zur Leistung Verpflichtete, während der Dritte nur seine Zustimmung geben muß. Im übrigen steht Oberneck bereits im wesentlichen auf dem Standpunkte derer, die auch einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch als einen obligatorischen auffassen.

Gehen wir nunmehr zu den entschiedenen Vertretern der obligatorischen Richtung über. Zunächst sei bemerkt, daß sich auch die Judikatur im allgemeinen gegen die Auffassung der Vormerkung als eines dinglichen Rechtes erklärt hat,[2] und in der Literatur wird wohl von der Mehrzahl der Schriftsteller derselbe Standpunkt eingenommen. Als Gründe, die für sie sprechen, können die den obligatorischen Charakter der Vormerkung betonenden Theorien in die Wagschale werfen: Systematik und Terminologie des Gesetzes, überhaupt die ganze Struktur des modernen Liegenschaftsrechts.

Oberstes Prinzip unseres Grundbuchwesens ist, daß dingliche Rechte nur durch Eintragung entstehen können. Zwar wird die Vormerkung auch im Grundbuche eingetragen, aber das positive Recht läßt dies nicht als formelle Eintragung gelten.

Es geht das z. B. aus dem bereits in diesem Sinne zitierten § 48 ZVG. hervor, der für einen singulären Fall durch Vormerkung gesicherte Rechte wie eingetragene behandelt wissen will, ihnen damit aber zugleich prinzipiell die Natur eingetragener Rechte abspricht. Es zeigt sich ebenso[3] z. B. in der Wortfassung des § 886. Während das Bürgerliche Gesetzbuch sonst die Aufhebung von im Grundbuche eingetragenen Rechten als „Löschung" bezeichnet, vermeidet es hier, um den Unterschied klar erkennen zu lassen, absichtlich diesen Ausdruck und spricht von „Beseitigung der Vormerkung". Man darf dieser Betrachtungsweise auch nicht den Vorwurf des Formalismus machen. Denn abgesehen davon, daß

[1] vgl. M. Wolff, Sachenrecht § 48 Anm. 33.

[2] RG. Bd. 65 S. 260 ff.; KGJ. Bd. 20 S. 78, Bd. 21 S. 289; Mugdan-Falkmann Bd. 4 S. 237, Bd. 6 S. 123 u. a.

[3] Hierauf macht Reichel S. 65 aufmerksam.

das Grundbuchrecht in gewissem Sinne überhaupt formalistisch ist und sein muß, wird der Terminologie und Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches bei Erforschung seines Willens, wie oben schon ausgeführt wurde, eine entscheidende Bedeutung zugeschrieben werden müssen. Im einzelnen sind wir darauf bereits bei Besprechung der den dinglichen Standpunkt vertretenden Theorien eingegangen.

Wenn nun die die obligatorische Natur der Vormerkung verfechtenden Doktrinen auch in den Hauptkonsequenzen übereinstimmen, so weichen sie doch in zum Teil nicht unwesentlichen Punkten voneinander ab. Das kommt auch schon äußerlich in ihren Konstruktionen zum Ausdruck.

Man wird drei Kategorien unterscheiden können. Die einen Schriftsteller begnügen sich damit, auszusprechen, daß der Anspruch seiner Natur nach ein obligatorischer bleibe, und daß durch die Vormerkung seine Verwirklichung lediglich in dinglicher Weise gesichert werde. Die andern glauben, das Wesen der Vormerkung durch die Analogie des Veräußerungsverbots erklären zu können, eine dritte Gruppe sucht in der Konstruktion der Vormerkung bei prinzipieller Anerkennung des Anspruchs als eines obligatorischen die dingliche Bindung in irgendeiner Weise zu betonen.

In die erste Gruppe fallen z. B. die Konstruktionen von Männer,[1] Predari,[2] Philipsen,[3] Schilde,[4] Weigelt;[5] auch Biermanns Definition der Vormerkung dürfte hierher gehören.[6]

Gegen diese Formulierung wird mit Recht eingewandt,[7] daß sie nicht eine Erklärung der Natur der Vormerkung gibt, sondern bloß den an und für sich ja klaren Zweck derselben hervorhebt, und daß sie zur befriedigenden Beantwortung der zahlreichen

---

1) Männer S. 80 Anm. 45.

2) Predari S. 211.

3) Philipsen S. 50.

4) Schilde S. 17.

5) Weigelt S. 83,84; vgl. ferner auch Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 654, Bd. 2 S. 678.

6) Widerspruch und Vormerkung S. 184.

7) z. B. von Reichel S. 139 Anm. 1; Sekler S. 112.

sich an die Vormerkung knüpfenden Zweifelsfragen nicht genügt. Wenn sich Biermann in seiner mehrfach zitierten Monographie, die übrigens sonst vielfach bahnbrechend gewirkt hat, über das Wesen der Vormerkung dahin resümiert,[1]) daß sie weder unter einen höheren Begriff gebracht werden noch durch Analogie erklärt werden kann, und wenn er am Schlusse dann das Fazit zieht, „die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert", so bedeutet das eben einfach einen Verzicht auf eine das Wesen der Vormerkung erfassende Definition.

Allerdings dürften bloße Verweisungen auf Analogien und Vergleiche mit ähnlichen Instituten des Gesetzes, was von seiten der Schriftsteller der zweiten Gruppe geschieht, dem Wesen der Vormerkung auch nicht ganz gerecht werden.[2]) [3]) Es kann nicht geleugnet werden, daß die Vormerkung mit den Veräußerungsverboten eine gewisse Ähnlichkeit hat. Sie ist aber bei weitem nicht identisch mit ihnen und weist eine ganze Anzahl von Verschiedenheiten auf, auf die näher einzugehen hier nicht der Ort sein kann.[4]) Außerdem führt die analoge Anwendung der Rechtssätze über die Veräußerungsverbote bisweilen zu Konsequenzen, die mit dem positiven Recht nicht in Einklang zu bringen sind, insbesondere im Zwangsversteigerungsverfahren, worauf wir weiter unten noch ausführlicher eingehen werden.

Der wahre Charakter der Vormerkung kommt u. E. am besten zum Ausdruck in der dritten jener vorhin erwähnten

---

[1]) Biermann S. 184.

[2]) vgl. Endemann, Lehrb. Bd. 2,1 S. 402: „Die bloße Verweisung auf den Vergleich mit anderen Rechtsinstituten ist unzugänglich, gewisse Ähnlichkeiten in der Natu rund Wirkung rechtfertigen noch nicht, die für diese gegebenen Normen auf die Vormerkung überzuleiten". Ebenso bemerkt Matthiaß, daß zur Erklärung des Wesens der Vormerkung „die Unterstellung unter andere Erscheinungen versagt".

[3]) Vertreter dieser Richtung sind u. a. Planck zu § 883 Anm. 115; Staudinger-Kober zu §§ 883, 888 Vormerkung „qualifiziertes Veräußerungsverbot"; Siméon Bd. 1, 2 S. 586.

[4]) vgl. dazu besonders Neumann, JurW. Bd. 31 S. 454 ff.; einer der wichtigsten Unterschiede zwischen Vormerkung und Veräußerungsverbot ist der, daß die Vormerkung auch im Konkurse wirkt, nicht aber das Veräußerungsverbot.

Kategorien. Es sind zu dieser zu rechnen die Konstruktionen von Enneccerus, Endemann, Reichel, Seckel, M. Wolff u. a.[1]) Sie weichen zum großen Teil nur in terminologischer Beziehung voneinander ab und haben alle das eine gemeinsam, daß sie zwar den Anspruch nach wie vor als obligatorischen anerkennen, aber auch die durch die Vormerkung eingetretene „Festigung"[2]) des Anspruchs nicht unberücksichtigt lassen. Im wesentlichen besagen die „dingliche Erwerbsberechtigung" von Enneccerus,[3]) das „Wartrecht" Endemanns[4]) und das „Anwartschaftsrecht" Reichels[5]) alle dasselbe.

Am deutlichsten bringt das Wesen der Vormerkung die Seckelsche Fassung, die auch M. Wolff adoptiert und der wir uns gleichfalls inhaltlich anschließen wollen, zum Ausdruck. Die Vormerkung ist danach ein negatives Herrschaftsrecht, das dem Schuldner die Möglichkeit, sich in Leistungsunvermögen zu setzen, nimmt,[6]) ohne dadurch den zu sichernden Anspruch zu einem dinglichen Rechte umzugestalten.

Zweites Kapitel.

Die Berücksichtigung der Auflassungsvormerkung im Verteilungsverfahren nach Art eines bedingten dinglichen Rechts trotz Anerkennung der obligatorischen Natur der Vormerkung.

§ 2.

Kritik der entgegenstehenden Ansichten.

Wir haben im vorhergehenden die verschiedenen sich hauptsächlich gegenüberstehenden Konstruktionen der Vormerkung[7]) be-

---

[1]) Ähnlich auch RG. Bd. 52 S. 43.

[2]) So M. Wolff S. 124.

[3]) Lehrb. Bd. 1 § 72 Bb.

[4]) Enneccerus S. 415.

[5]) Endemann S. 160.

[6]) vgl. Seckel, Festgabe für Koch S. 250 und M. Wolff, Sachenrecht S. 119 Anm. 11 u. 124.

[7]) Wenn wir auch im folgenden gewöhnlich der Kürze wegen schlechthin von

trachtet und in dem Streit der Theorien Stellung genommen. Damit haben wir zugleich — und das war der Zweck der ganzen Untersuchung — den festen Standpunkt gewonnen, von dem aus wir uns nunmehr zu einer Beantwortung der Frage anschicken wollen, welche Behandlung im Zwangsversteigerungsverfahren die in das geringste Gebot nicht aufgenommene Auflassungsvormerkung zu erfahren hat.

Daß beim Vorhandensein einer Auflassungsvormerkung, sei es einer prälozierten, sei es einer postlozierten, die Zwangsversteigerung überhaupt zulässig sei, wird von Othmer[1]) unter Hinweis auf § 28 ZVG. bestritten. In diesem § 28 ZVG. heißt es: „Wird dem Vollstreckungsgericht ein aus dem Grundbuch ersichtliches Recht bekannt, welches der Zwangsversteigerung oder der Fortsetzung des Verfahrens entgegensteht, so hat das Gericht das Verfahren entweder sofort aufzuheben oder unter Bestimmung einer Frist, binnen welcher der Gläubiger die Hebung des Hindernisses nachzuweisen hat, einstweilen einzustellen ...“ Während dann, wenn die Vormerkung auf Auflassung dem Anspruch des betreibenden Gläubigers vorausgeht, auch von anderen Schriftstellern angenommen wird, daß die Zwangsversteigerung nicht stattfinden dürfte — worauf wir weiter unten noch eingehen werden —, steht Othmer hier mit seiner Ansicht ganz allein. Es ist diese Ansicht auch eine der seltsamsten Konsequenzen seiner verfehlten Theorie, nach der, wie oben erwähnt, die Vormerkung schon das dingliche Recht selbst begründet, die Auflassungsvormerkung also bereits das endgültige Eigentum schafft. Entspräche die Othmersche Behauptung den Tatsachen, so hätte eine Auflassungsvormerkung nicht nur die Unwirksamkeit aller ihr entgegenstehenden, nachfolgenden Verfügungen zur Folge, sondern sie wäre auch geeignet, die Geltendmachung aller vorher längst begründeten Rechte zu erschweren. Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß der aus der Auflassungsvormerkung Berechtigte sich ja die Zwangsver-

---

Vormerkungen sprechen werden, so folgen wir damit dem allgemeinen Sprachgebrauch, während genauer immer statt dessen der durch Vormerkung gesicherte Anspruch gesagt werden müßte.

[1]) Othmer S. 108.

steigerung auch als Eigentümer gefallen lassen müßte.[1]) Bei solchem unmöglichen Resultate erübrigt es sich eigentlich, darauf hinzuweisen, daß die Vormerkung ein Recht im Sinne des § 28 ZVG., d. h. ein dingliches Recht, wie wir gesehen haben, gar nicht ist.

Dem aus der Auflassungsvormerkung Berechtigten fehlt also die Möglichkeit, sich auf § 28 ZVG. zu berufen. Der Zuschlag hat ihm die Aussicht auf Realisierung seines Anspruchs ein für allemal geraubt, und es fragt sich nur, ob und wie er noch im Verteilungstermin berücksichtigt werden kann.

Wer die Vormerkung für eine Belastung des Grundstücks oder ein sonstiges, sei es bedingtes, sei es unbedingtes dingliches Recht hält, wird dem Vorgemerkten einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse ohne weiteres zugestehen (gemäß § 92 ZVG.).

Kann man aber in der Vormerkung ein dingliches Recht nicht erblicken, so wird wohl zunächst die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß die Vormerkung auf Auflassung im Verteilungsverfahren überhaupt nicht zu berücksichtigen ist. Denn da der Anspruch durch den Hinzutritt der Vormerkung nichts von seinem obligatorischen Charakter verliert, wird man ihm ein Recht auf direkte Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse verweigern zu müssen glauben. In der Tat kommen das Oberlandesgericht Karlsruhe[2]) und auch du Chesne in einem Aufsatz „Vormerkung und Zuschlag"[3]) zu diesem Ergebnis. Indessen liegt das Unbefriedigende eines solchen Resultates auf der Hand.

Ist z. B. auf einem Grundstück trotz des Vorhandenseins einer Auflassungsvormerkung eine Hypothek noch eingetragen worden, so ist diese dem aus der Vormerkung Berechtigten gegenüber nach § 883 Abs. 2 BGB. unwirksam. Dies würde nach der eben erwähnten Ansicht plötzlich anders werden, wenn das Grundstück zur Zwangsversteigerung käme und sowohl die Vormerkung als auch die Hypothek in das geringste Gebot nicht aufgenommen würden. Der Hypothekengläubiger dürfte den ganzen Erlös der

---

[1]) Turnau-Förster S. 200; Neumann S. 457.

[2]) Mugdan-Falkmann Bd. 11 S. 120 ff., Urteil des IV. Zivilsenats vom 5. 5. 1905.

[3]) Seufferts Bl. f. RA. 1906 S. 408.

Versteigerung, vorausgesetzt, daß nicht noch vorhergehende, ebenfalls nicht in das geringste Gebot aufgenommene Rechte zu berücksichtigen sind, in Höhe seines Anspruchs für sich verlangen, dies auf Kosten des aus der Auflassungsvormerkung Berechtigten, der vor ihm eingetragen ist. Und zwar hätte das der Hypothekar nur dem Umstand zu verdanken, daß eine Subhastation stattgefunden hat. Die Zahlungsunfähigkeit des Grundstückseigentümers, die ja in der Regel die Veranlassung zu einer Zwangsversteigerung sein wird, böte dem Hypotekengläubiger also Gelegenheit zu einer Befriedigung, die er bei einem normalen Verlauf der Dinge niemals zu erwarten hätte.

Nach dem Oberlandesgericht Karlsruhe und nach du Chesne würde demnach das Prinzip, das die Vormerkung beherrscht, Herbeiführung der Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen im Verteilungsverfahren in nichts zerstieben. Diese Ansicht jedoch nach der ein solches Resultat die notwendige Konsequenz der nichtdinglichen Natur der Vormerkung ist, ist u. E. nicht richtig.

Die herrschende Meinung[1]) will durch Vormerkung gesicherte Ansprüche wie bedingte Ansprüche nach den Bestimmungen der §§ 119, 120 ZVG. berücksichtigen, und dem schließt sich auch die größte Zahl derjenigen an, die der Vormerkung die Dinglichkeit absprechen. Jedoch beschränken sich alle diese Schriftsteller mehr oder weniger auf die Feststellung, daß eine gleichmäßige Behandlung der durch Vormerkung gesicherten Ansprüche und der bedingten Rechte erforderlich sei, ohne sich auf eine nähere Begründung einzulassen.

---

[1]) Jaeckel zu §§ 119, 120; Th. Wolff zu §§ 119, 120; Fischer-Schäfer zu §§ 119, 120. And. A. ist Kretzschmar. Während er noch im „Grundbuchrecht" (§§ 199, 200) die herrschende Meinung teilt, hat er im „Zwangsversteigerungsrecht" (§§ 263, 266) diese Ansicht aufgegeben. Er will Vormerkungen nach § 115 Abs. 2 ZVG. als Widersprüche gegen den Teilungsplan aufgefaßt wissen, um mit Hilfe des dann Anwendung findenden § 878 ZPO. den aus der Vormerkung Berechtigten zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche zu zwingen. Diese Ansicht, für die Kretzschmar selbst nur Zweckmäßigkeitsgründe anzuführen vermag, ist u. E. zum mindesten für die Auflassungsvormerkung schon deswegen nicht richtig, weil § 114 Abs. 2 nur von angemeldeten Ansprüchen handelt, der aus der Auflassungsvormerkung Berechtigte aber, wie später noch gezeigt werden wird, von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Wir werden weiter unten zu beweisen versuchen, daß diese Gleichstellung berechtigt ist, auch wenn man wie wir von der Voraussetzung ausgeht, daß die Vormerkung weder ein dingliches Recht ist noch eine Dinglichkeit des Anspruchs herbeiführt.[1]) Und einer Begründung bedarf diese Ansicht, um das zunächst hervorzuheben, durchaus. Denn eine ausdrückliche Regelung wenigstens ist im Zwangsversteigerungsgesetz nicht gegeben. In dem schon mehrfach erwähnten § 48 ZVG. wird nur gesagt, daß vorgemerkte Ansprüche wie eingetragene zu berücksichtigen sind, und diese Bestimmung des Gesetzes ist die einzige, die etwas über Vormerkungen verlauten läßt. Wenn wir also eine Begründung für unsere Ansicht suchen, können wir sie, abgesehen von den zitierten Paragraphen, nur in den das Zwangsversteigerungsrecht beherrschenden allgemeinen Prinzipien und in anderen positiven Vorschriften des Gesetzes finden.

Sehen wir uns zunächst aber einmal an, was das Oberlandesgericht Karlsruhe, von der an sich richtigen Voraussetzung ausgehend, daß die Vormerkung kein dingliches Recht ist und schafft, gegen eine solche Anwendung der §§ 119, 120 ZVG. geltend macht. Es steht fest, meint es, daß ein das Grundstück belastendes Recht derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung verlautbar werde, erst durch die endgültige Eintragung des Rechtes erlange. Infolgedessen könne derjenige, für den nur eine Vormerkung eingetragen sei, keine Befriedigung vor der Definitiveintragung verlangen, durch den Zuschlag sei aber letztere unmöglich geworden. Es wäre ferner auch unrichtig, „die liquide“ Aussicht, eine Bedingung würde im irrealen Falle eingetreten sein, auf irgendeinem Rechtsgebiete dem Eintritt der Bedingung gleichzustellen. Ähnliche Bedenken hat auch du Chesne.[2]) Da der vorgemerkte Anspruch ein rein schuldrechtlicher sei, heißt es unter anderm bei ihm, und er auch durch die Erteilung des Zuschlags keine Änderung

---

[1]) Die Entscheidungen des OLG. Dresden im Zbl. f. freiw. Ger. Bd. 4 S. 258 ff. und Bd. 5 S. 217 ff., denen unserem Fall ähnliche Tatbestände zugrunde liegen, können wir für die folgende Untersuchung nicht verwerten, da sie offenbar auf der Auffassung beruhen, daß die Vormerkung dingliche Natur habe.

[2]) Seufferts Bl. f. RA. 1906 S. 408: Vormerkung und Zuschlag.

dieses seines Wesens erlitten habe, so könne man nicht annehmen, daß er sich an dem Erlös fortsetze.

U. E. sind jedoch diese eben skizzierten Einwendungen, auch wenn man einen ähnlichen Standpunkt hinsichtlich der Vormerkung einnimmt, nicht stichhaltig, und man muß auf Grund sinngemäßer Interpretation der in Betracht kommenden Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes und unter Berücksichtigung des für das Zwangsversteigerungsverfahren geltenden Surrogationsprinzips zu einem andern Resultate kommen.

§ 3.

Die Bedeutung des § 48 ZVG.

Wir wollen zunächst untersuchen, welche Bedeutung dem § 48 ZVG. beizumessen ist. Wenn es hier heißt: „Rechte, die durch Eintragung einer Vormerkung gesichert sind, sind wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen", so ist selbstverständlich daran festzuhalten, daß es sich um eine singuläre Norm des Zwangsversteigerungsrechtes und nicht, wie Othmer es will, um eine das Wesen der Vormerkung charakterisierende Bestimmung handelt. Aber es muß auch die Meinung zurückgewiesen werden, daß § 48 ZVG. lediglich eine Bedeutung für das geringste Gebot hat.[1]) Er ist auch, wenigstens analog, unter gleichzeitiger Heranziehung der §§ 119, 120 ZVG. im Verteilungsverfahren anzuwenden.[2]) Das einzige, was gegen eine analoge Anwendung des § 48 ZVG. sprechen könnte, wäre der Umstand, daß die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche hier zusammen mit den bedingten Rechten genannt werden, während der die Bestimmung über den Verteilungstermin enthaltende Abschnitt nur die bedingten Rechte

---

[1]) Predari S. 205 Anm. 11; du Chesne a. a. O.; Jaeckel hebt S. 204/05 hervor, daß § 48 ZVG. nur für die Feststellung des geringsten Gebotes gilt, gleichwohl sagt er noch auf derselben Seite, daß die Auflassungsvormerkung auch bei Aufstellung des Teilungsplanes zu berücksichtigen ist.

[2]) Auch Fischer-Schäfer (S. 393), Biermann (S. 166), Scherer (Bem. 107 und S. 57) erstrecken die Geltung des § 48 auf die Aufstellung des Teilungsplanes, ohne jedoch ihren Standpunkt zu begründen.

behandelt und die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche unerwähnt läßt.

Aber ist das wirklich ein durchschlagendes Argument? Das wäre es nur, wenn hier aus dem Schweigen des Gesetzes mit zwingender Notwendigkeit auf einen bestimmten Willen desselben zu schließen wäre. Zu einer solchen Annahme liegt aber nicht die mindeste Veranlassung vor. Man wird vielmehr von der Bedeutung des § 48 ausgehen müssen. Sie liegt darin, daß auch in der Subhastation die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche später begründeten Rechten gegenüber die ihnen eigentümliche Wirkung ausüben sollen. Zu diesem Zweck — und lediglich zu diesem Zweck — wird eine Definitiveintragung vom Gesetze fingiert.

Daß dies aber nur für die Feststellung des geringsten Gebotes zu gelten habe, ist nicht einzusehen. Das Schutzbedürfnis besteht in demselben Maße für die nicht mehr in das geringste Gebot fallenden vorgemerkten Ansprüche, auch diese können durch nachfolgende Eintragungen noch gefährdet werden.

Der Wortlaut des § 48 deutet in keiner Weise an, daß nur eine Vorschrift für die Feststellung des geringsten Gebotes gegeben werden soll, und der Umstand, daß er sich in dem die Überschrift „geringstes Gebot" tragenden Abschnitt des Gesetzes befindet, steht keineswegs seiner analogen Anwendung im Verteilungsverfahren entgegen.

Als maßgebend muß jedoch die Tendenz des § 48 ZVG. betrachtet werden, und die geht klar dahin, daß auch das Zwangsversteigerungsverfahren den durch Vormerkung gesicherten Ansprüchen nicht die ihnen innewohnende Eigenschaft rauben will: nämlich die Fähigkeit, die Unwirksamkeit der ihnen entgegenstehenden Verfügungen herbeizuführen.

§ 4.

Das Surrogationsprinzip.

Gegenüber der Ansicht, daß die Auflassungsvormerkung, wenn sie dem Anspruch des betreibenden Gläubigers nachgeht, im Ver-

teilungsverfahren berücksichtigt werden muß, könnte man vielleicht einwenden, daß die postlozierten Vormerkungen nach erfolgtem Zuschlag sich überhaupt nicht mehr realisieren lassen. Denn die vorbemerkten Ansprüche sollen sich in dingliche Rechte umsetzen, die doch nach § 873 BGB. ohne Eintragung im Grundbuch nicht begründet werden können. Hier aber ist eine wirkliche Eintragung nicht mehr möglich, da gegen den neuen Eigentümer, auf den das Grundstück durch den Zuschlag übergegangen ist, nur die in das geringste Gebot aufgenommenen, also prälozierten Rechte und vorgemerkten Ansprüche geltend gemacht werden können. Dieser Einwand wird indessen u. E. vollkommen durch das im Zwangsversteigerungsgesetz geltende Surrogationsprinzip widerlegt.

Das moderne Zwangsversteigerungsrecht hat nämlich den Grundsatz der sogen. dinglichen Surrogation aufgenommen. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch kennt dieses Prinzip und wendet es wiederholt an, z. B. im Erbrecht § 2019, beim Mobiliarpfand § 1219 Abs. 2, beim Fund § 966 usw.; im Zwangsversteigerungsgesetz hat es in § 92 seinen Ausdruck gefunden.

Was bedeutet nun das Surrogationsprinzip oder, wie es Jaeckel[1]) verdeutscht, der Umwandlungsgrundsatz? Es soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß das als Ersatz für den Verlust eines Gegenstandes an seine Stelle Getretene kraft gesetzlicher Fiktion so wie dieser Gegenstand selbst anzusehen ist, und daß an dem Ersatzgegenstand sich alle rechtlichen Beziehungen, die zu dem ursprünglichen bestanden, fortsetzen. Mit anderen Worten: Es soll das früher Vorhandene durch das gegenwärtig Vorhandene in jeder Weise repräsentiert werden, soweit natürlich die Natur des jetzigen Gegenstandes es erlaubt. Im Zwangsversteigerungsverfahren ist der Vorgang der, daß mit dem Zuschlag an Stelle des Grundstücks die Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher auf Zahlung des Erlöses und mit der Zahlung dieser Summe an das Gericht der Versteigerungserlös selbst getreten ist.

An diesem setzen sich also alle Rechte, die an dem Grundstück bestanden haben und ins geringste Gebot nicht aufgenommen worden sind, fort, mögen es Hypotheken, Servituten oder andere

---

[1]) Jaeckel S. 366.

dingliche Rechte gewesen sein. Nur hat sich der Inhalt dieser Rechte geändert, da er jetzt durch bestimmte Geldwerte repräsentiert wird.[1])

Was nun die vorgemerkten Ansprüche anbelangt, so haben wir gesehen, daß die in § 48 ZVG. enthaltene Fiktion der Definitiveintragung auch für die nicht ins geringste Gebot aufgenommenen durchgeführt werden muß. Das Surrogationsprinzip, das, wie es im § 92 ZVG. zum Ausdruck kommt,[2]) nur dingliche Rechte treffen kann, muß somit auch die Ansprüche erfassen, die für diesen speziellen Fall das Gesetz als dingliche Rechte aufgefaßt wissen will. Wenn also du Chesne[3]) sagt, die Möglichkeit, daß die vorgemerkten Ansprüche sich am Versteigerungserlöse fortsetzen, wäre nur so zu erklären, daß die Zwangsversteigerung diese Ansprüche zu dinglichen Rechten umgestaltet, und wenn er das tatsächliche Stattfinden einer solchen Metamorphose in Abrede stellt, so betrachtet er u. E. den Vorgang unter einem falschen Gesichtspunkt und würdigt nicht genug die Bedeutung des § 48 ZVG. Eine wirkliche Umwandlung des obligatorischen Anspruchs in ein dingliches Recht vollzieht sich durch die Subhastation natürlich nicht und kann sich nicht vollziehen, aber die Fiktion des Gesetzes hilft über die reale Unmöglichkeit eines solchen Vorganges in jeder Weise hinweg.

§ 5.

Berücksichtigung der Auflassungsvormerkung nach Art eines bedingten Rechts.

Daß man aus der Tatsache der Nichterwähnung der vorgemerkten Ansprüche in den §§ 119, 120 ZVG. nicht eine beabsichtigte Ausschließung derselben zu folgern berechtigt ist, haben wir schon oben angedeutet. Es ist aber gar nicht anders möglich,

---

[1]) vgl. Jaeckel § 91 I S. 367.

[2]) Der hier in Betracht kommende Abs. 1 des § 92 ZVG. lautet: „Erlischt durch den Zuschlag ein Recht, das nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet ist, so tritt an die Stelle des Rechtes der Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse".

[3]) du Chesne a. a. O.

als daß die Bestimmungen über bedingte Rechte bei der postlozierten Auflassungsvormerkung Anwendung finden müssen. Wie ein unbedingtes Recht kann dieselbe natürlich nicht behandelt werden, das hieße weit über das Ziel hinausschießen, besonders wenn man bedenkt, daß nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. Vormerkungen auch für bedingte und zukünftige Ansprüche möglich sind.

Untersuchen wir aber zunächst einmal, in welcher Weise bedingte Rechte im Verteilungstermine überhaupt berücksichtigt werden müssen. Das Gesetz enthält darüber Bestimmungen in den §§ 119, 120, und zwar regelt § 119 die Art der Aufnahme in den Teilungsplan, indem er eine Feststellung dahin vorschreibt, „wie der Betrag anderweit verteilt werden soll, wenn der Anspruch wegfällt“. In § 120 hingegen werden Vorschriften für die Ausführung des Teilungsplans gegeben. Der uns hier allein interessierende erste Satz von § 120 lautet nämlich: „Ist der Anspruch aufschiebend bedingt, so ist der Betrag für die Berechtigten zu hinterlegen“. Demnach muß das bedingte Recht an der Stelle in den Teilungsplan eingesetzt werden, die ihm zufolge seines Ranges, falls es nicht bedingt wäre, gebühren würde, ebenso wie das bedingte Recht gleich einem unbedingten ja auch in das geringste Gebot aufzunehmen ist. Da indessen bei einem bedingten Recht zunächst unbekannt ist, ob die Bedingung eintreten oder nicht eintreten wird, der Teilungsplan aber in umfassender Weise die ganze Rechtslage regeln soll, um nach Möglichkeit späteren Prozessen vorzubeugen, so werden durch den Teilungsrichter gleichzeitig Bestimmungen für den Fall eines etwaigen Nichteintritts der Bedingung getroffen. Und aus demselben Grunde wird der auf den bedingten Anspruch fallende Betrag nicht dem Berechtigten gleich ausgezahlt, sondern er wird bis zum Eintritt der Bedingung gemäß § 120 ZVG. hinterlegt.

Dies sind also die Vorschriften, die das Gesetz für die Geltendmachung bedingter Rechte im Verteilungstermin gibt und die nach der herrschenden Meinung ohne weiteres auf Vormerkungen anzuwenden sind.

Die §§ 119, 120 ZVG. können indessen Anwendung nur finden, wenn bei den durch Vormerkung gesicherten Ansprüchen auch ein Moment in Frage kommt, das einer Bedingung ent-

spricht. Alle Schriftsteller, die überhaupt für das Verteilungsverfahren die Vorschriften über bedingte Rechte anwenden wollen, stimmen mit Recht darin überein — ohne jedoch einen Beweis zu liefern —, daß diese Bedingung nur in der Liquidestellung des Anspruches durch Anerkenntnis oder durch rechtskräftiges Urteil gefunden werden könne, also gerade darin, worin auch Fuchs und Jaeger gemäß ihrer Theorie, die Vormerkung sei ein bedingtes dingliches Recht, die Bedingung für jede Vormerkung überhaupt erblicken wollen. Gleich an dieser Stelle sei jedoch hervorgehoben, daß die Nebeneinanderstellung durch Vormerkung gesicherter Ansprüche und bedingter Rechte im Verteilungsverfahren nicht etwa ein Beweis für die Richtigkeit der von Fuchs und Jaeger verfochtenen Theorie über das Wesen der Vormerkung ist, und daß die Gegner dieser Theorie keine Inkonsequenz begehen, wenn sie diese in der Subhastation scheinbar Anwendung finden lassen. Wir brauchen doch bloß darauf hinzudeuten, daß die vorgemerkten Ansprüche für das Zwangsversteigerungsverfahren als bedingte dingliche Rechte eben nur fingiert werden.

Die Anwendbarkeit der über die bedingten Rechte gegebenen Vorschriften wird vom Oberlandesgericht Karlsruhe bekämpft. An die Stelle der durch Vormerkung gesicherten Ansprüche, meint es, trete ein dingliches Recht erst mit der Definitiveintragung, diese sei durch den Zuschlag unmöglich geworden, müsse also als Bedingung für das Verteilungsverfahren ausscheiden. Die Eintragung allein aber führe die Realisierung der vorgemerkten Ansprüche herbei und nicht schon die Liquidestellung der Ansprüche, folglich käme letztere als Bedingung überhaupt nicht in Betracht. So ähnlich argumentiert außer dem Oberlandesgericht Karlsruhe auch Sekler.[1])

Hierbei wird indessen das oben entwickelte Surrogationsprinzip nicht genügend berücksichtigt.

Das Grundstück selbst ist durch den Zuschlag allen nicht in das geringste Gebot aufgenommenen Rechten entzogen und sodann durch den Versteigerungserlös ersetzt worden. Dieser ist jetzt als

---

[1]) Sekler S. 254.

Surrogat des Grundstücks anzusehen. Es wäre aber absurd, auch hier noch eine Eintragung im Grundbuch als Erfordernis der Realisierung der vorgemerkten Ansprüche zu verlangen.[1]) Das ergibt sich aus der Natur des für das Grundbuch nunmehr als Ersatz vorhandenen ohne weiteres. Hier muß sich vielmehr der vorgemerkte Anspruch durch die bloße Liquidestellung realisieren, und von dem Augenblick an, wo diese erfolgt, besteht das bisher gemäß § 48 ZVG. als dingliches Recht nur fingierte, als wirkliches dingliches Recht am Versteigerungserlöse.

Sekler macht dagegen, daß die Liquidestellung des Anspruchs als Bedingung anzusehen sei, noch geltend, daß dies „eine condicio in praesens relata, also keine Bedingung im rechtlichen Sinne" wäre.[2])

Dieser Einwand ist richtig. Unter Bedingungen versteht die Rechtsordnung nur solche, deren Eintritt von einem zukünftigen Ereignis abhängt. Bei der Aufstellung des Teilungsplanes mag allerdings das Anerkenntnis des Anspruchs oder das rechtskräftige Urteil noch in der Zukunft liegen; es liegt aber nur eine subjektive Ungewißheit vor, da sowohl das Anerkenntnis als auch das Urteil lediglich feststellen können, was auch jetzt schon zutreffen muß: entweder daß der vorgemerkte Anspruch — vorausgesetzt, daß er, was ja an sich möglich ist, nicht selbst bedingt ist — rechtsgültig besteht oder nicht besteht. Dieser Einwand Seklers ist also, wie gesagt, richtig, aber er steht trotzdem einer Anwendung der §§ 119, 120 ZVG. nicht entgegen. Denn die subjektive Ungewißheit, die auch erst in der Zukunft einer Gewißheit weicht, ist einer Bedingung im Rechtssinne innerlich so verwandt, daß eine analoge Anwendung der §§ 119, 120 ZVG. ohne weiteres erlaubt sein dürfte.

Man ist zu einer solchen Analogie u. E. um so mehr berechtigt, als das Gesetz selbst in einem ähnlich liegenden Falle die §§ 119, 120 ZVG. entsprechend anwendet. Und zwar geschieht das durch

---

[1]) Ähnlich auch Lindemann in einem kleinen, besonders gegen die erwähnte Entscheidung des OLG. Karlsruhe gerichteten Aufsatz „Behandlung vorgemerkter Rechte bei Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses", im Recht 1906 S. 739; desgl. OLG. Dresden in Zbl. f. freiw. Ger. Bd. 4 S. 258 und Bd. 5 S. 217.

[2]) Sekler S. 254/55.

den § 124 ZVG., wenn ein Widerspruch gegen den Teilungsplan erhoben wird.

Im § 124 Abs. 1 heißt es: „Im Falle eines Widerspruches gegen den Teilungsplan ist durch den Plan festzustellen, wie der streitige Betrag verteilt werden soll, wenn der Widerspruch für begründet erklärt wird". Es ist dies also eine Regelung, die der im § 119 für bedingte Rechte getroffenen genau entspricht.

Im Abs. 2 werden die Vorschriften des § 120 über die Hinterlegung usw. direkt für anwendbar erklärt. Die Ähnlichkeit der Rechte, gegen deren Berücksichtigung im Teilungsverfahren Widerspruch erhoben worden ist, und der durch Vormerkung gesicherten Ansprüche liegt darin, daß auch der Widerspruch der Rechte nicht zu bedingten macht. Auch hier handelt es sich bloß um eine condicio in praesens relata, der Widerspruch schafft eine vorübergehende subjektive Ungewißheit, die auch erst entweder mit einem Anerkenntnis oder rechtskräftigem Urteil beendet ist. Es liegt also hier der Unterschied von einer Bedingung im Rechtssinne in demselben Moment wie bei den vorgemerkten Ansprüchen im Verteilungsverfahren, und wenn in einem Fall das Gesetz durch § 124 selbst die Richtschnur für die Behandlung solcher an eine sogen. uneigentliche Bedingung geknüpfter Rechte gibt, wird man unbedenklich auch im andern Falle die §§ 119, 120 ZVG. entsprechend anwenden können.

§ 6.

Die Wertbestimmung der Auflassungsvormerkung gemäß § 92 ZVG.

Auf Grund der eben angeführten Argumente dürfte u. E. feststehen, daß durch Vormerkung gesicherte Ansprüche im Zwangsversteigerungsverfahren wie dingliche Rechte, und zwar wie bedingte dingliche Rechte zu behandeln sind.

Es muß demnach auf sie auch die Vorschrift des § 92 ZVG. Anwendung finden. Dieser Paragraph, der, wie bereits erwähnt worden ist, das Prinzip der dinglichen Surrogation für das Zwangsversteigerungsverfahren zum Ausdruck bringt, enthält nun die Bestimmung, daß für die durch den Zuschlag erlöschenden

Rechte ihr Wert aus dem Versteigerungserlös zu ersetzen ist. Bei Hypotheken und Grundschulden ist dieser Wert höchst einfach zu ermitteln, er ist nämlich gleich der Summe, für die das Immobiliarpfand eingetragen worden ist. Auch der Nießbrauch und andere dingliche Rechte werden sich leicht in ihrem Geldwert ausdrücken lassen, bei der Vormerkung jedoch stößt eine solche Berechnung auf die größten Schwierigkeiten.

Letztere werden aber sofort beseitigt, wenn man die Fiktion des § 48 ZVG. auch in diesem Falle konsequent durchführt.

Untersuchen wir indessen zunächst einmal, wie sich die Sache darstellt, wenn man den § 48 ZVG. nicht berücksichtigt.

Biermann[1]) scheint eine Schwierigkeit nur bei der Berechnung der Auflassungsvormerkung zu finden, ebenso wohl auch neuerdings Lippmann in seiner Abhandlung: „Die Vormerkung auf Auflassung in der Zwangsversteigerung".[2]) Sie besteht aber bei allen Vormerkungen, auch z. B. bei einer Vormerkung auf Bestellung einer Hypothek von einem ganz bestimmten Betrage. Denn es wäre falsch, den Wert des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs auf eine solche Hypothek einfach dem Betrage der Hypothek gleichzusetzen.[3]) Dieser Anspruch auf eine Hypothek ist doch nicht mit der Hypothek identisch, man müßte denn die Othmersche Theorie für richtig halten. Er stellt vielmehr einen selbständigen Wert dar.[4])

Aber wie groß ist dieser, wie läßt er sich feststellen? Hier interessiert uns lediglich der Wert eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Auflassung.

Auch für einen solchen gilt, was eben über den vorgemerkten Anspruch auf Bestellung einer Hypothek gesagt wurde, daß er einen selbständigen Wert repräsentiert, und auch hier erhebt sich wieder dieselbe Frage: Wie läßt sich dieser Wert ziffernmäßig genau berechnen, damit er gemäß § 92 ZVG. Berücksichtigung

---

[1]) Vormerkung und Widerspruch S. 199.

[2]) Iherings Jahrb. Bd. 54.

[3]) Hierauf weist auch Sekler mit besonderem Nachdruck hin S. 250, 253.

[4]) Lippmann erklärt irrtümlich S. 147, daß die Auflassungsvormerkung überhaupt keinen Wert darstellt.

finden kann? Um es gleich zu bemerken: Ein solcher Wert kann überhaupt nicht berechnet werden.[1])

Sekler z. B. vermeidet es daher auch, eine bestimmte Wertgröße anzugeben. Er sagt[2]): „Ist die Übertragung des Eigentums durch Vormerkung gesichert, so gebührt dem Vorgemerkten nicht ohne weiteres der ganze Überschuß aus dem Versteigerungserlöse. Dieser hat vielmehr auch wie andere Beteiligte nur einen Ersatzanspruch, der größer oder geringer als der Überschuß sein kann". Worauf sich die Berechnung dieses Plus oder Minus stützen soll, sagt Sekler dagegen nicht, und er kann es auch nicht sagen, denn der Wert des vorgemerkten Auflassungsanspruchs an sich entzieht sich jeder ziffernmäßigen Feststellung. Kretzschmar[3]) will sich auf eine andere Weise helfen, indem er sagt, § 92 ZVG. finde auf die Auflassungsvormerkung keine Anwendung, weil diese Bestimmung des Gesetzes nur die beschränkten dinglichen Rechte im Auge habe. Er stellt damit aber eine Behauptung auf, die sich in keiner Weise aus dem Gesetz rechtfertigen läßt. Denn dieses will hier die dinglichen Rechte treffen, und man ist nicht befugt, das Wichtigste derselben gerade, das Eigentum, auszuschließen.

Im übrigen scheint Kretzschmar auf die Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf ein begrenztes dingliches Recht den § 92 ZVG. ohne weiteres anwenden zu wollen, obwohl sich ja hier bei der Wertfestsetzung dieselben Schwierigkeiten ergeben.

Nach der herrschenden Meinung ist § 92 ZVG. auf die Auflassungsvormerkung in der Weise anzuwenden, daß der ganze Überschuß aus dem Versteigerungserlös nach Deckung der Beträge für die vorher begründeten Rechte auf sie im Falle der Liquidestellung entfällt. Dieser Standpunkt ist auch u. E. der richtige. Er läßt sich aber dann, wenn man der Vormerkung obligatorische Natur zuschreibt, nur vermöge der Fiktion des § 48 ZVG. aufrecht-

---

[1]) Wenn Sekler S. 250 zugibt, daß eine Wertfestsetzung im einzelnen Falle unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet, so ist es unverständlich, wenn er trotzdem seine praktisch, demnach völlig unbrauchbare Berechnungsmethode aufrechterhält.

[2]) Sekler S. 253.

[3]) Kretzschmar, Grundbuchrecht S. 203.

erhalten. Sonst ist der Vorwurf, den Lippmann[1]) einer solchen Wertfeststellung macht, berechtigt, daß nämlich dieser Überschuß gar nicht den Wert der Auflassungsvormerkung bezeichne, sondern den „durch voreingetragene Posten nicht absorbierten Wert des Grundstücks selbst". Dieser Einwand läßt sich nur dann widerlegen, wenn man die Fiktion des § 48 auch auf das Verteilungsverfahren erstreckt und die Behandlung der Vormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren als bedingtes dingliches Recht konsequent durchführt. Tut man das, und man muß es ja tun, wie wir gesehen haben, dann darf man allerdings sagen, daß der aus der Auflassungsvormerkung Berechtigte als bedingt berechtigter Eigentümer des ganzen Überschusses anzusehen ist, und daß dieser Überschuß mit der Liquidestellung seines Anspruchs ihm nunmehr uneingeschränkt zusteht.

§ 7.

Von Amts wegen erfolgende Berücksichtigung des Anspruchs auf den Rest des Versteigerungserlöses.

Es bedarf jetzt noch die Frage einer Untersuchung, wie der Anspruch aus der Auflassungsvormerkung im Verteilungsverfahren geltend zu machen ist. Aus § 9 Ziff. 1 ZVG. ergibt sich, daß der Vorgemerkte als „Beteiligter" im Sinne des Gesetzes anzusehen ist und als solcher die Befugnis hat, bei der Verteilung des Versteigerungserlöses entscheidend mitzuwirken.

In dem Teilungsplan, der im Verteilungs- oder, wie er auch genannt wird, im Kaufgelderbelegungstermin aufgestellt wird, sind nun stets alle Ansprüche, soweit ihr Betrag oder ihr Höchstbetrag zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerkes aus dem Grundbuch ersichtlich war, von Amts wegen nach dem Inhalte des Buches aufzunehmen. Alle anderen Ansprüche, mögen sie eingetragen oder nicht eingetragen sein, finden überhaupt nur dann Berücksichtigung, wenn sie in Höhe eines bestimmten Betrages, spätestens im Termin angemeldet sind (§ 114 Abs. 2). Gehört die Vormerkung auf Auflassung — das ist die Frage,

[1]) Lippmann S. 196.

um die es sich handelt — in die erste dieser beiden Gruppen, ist sie also von Amts wegen zu berücksichtigen oder bedarf es der Anmeldung? Die Kommentare zum Zwangsversteigerungsgesetz unterlassen es, direkt auf diesen Punkt einzugehen, während Kretzschmar meint, es sei „die Vormerkung nach § 115 Abs. 2 als ein Widerspruch des Vormerkungsgläubigers gegen die Zuteilung des Betrages an den Berechtigten anzusehen“. Was aber von Kretzschmar direkt ausgesprochen wird, läßt sich eigentlich auch aus den Bemerkungen entnehmen, die allerseits in den Kommentaren an den § 114 ZVG. geknüpft werden: Der Anspruch aus einer Auflassungsvormerkung kann nicht zu den von Amts wegen zu berücksichtigenden gehören. Denn zu den Ansprüchen, die einer Anmeldung nicht bedürfen, werden allgemein nur Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden, die mit einem Höchstbetrage eingetragenen sonstigen dinglichen Rechte und gemäß § 114 ZVG. die laufenden Beträge der nach dem Inhalt des Grundbuchs zu entrichtenden wiederkehrenden Leistungen gezählt. Alle anderen Rechte, sagt man, müssen, um Berücksichtigung zu finden, angemeldet werden. U. E. ist indessen auch der aus einer Auflassungsvormerkung Berechtigte zu denen zu zählen, die auf eine Anmeldung nicht angewiesen sind.

Welches ist denn die Bedeutung der Bestimmung des § 114 ZVG.? Sie geht aus folgendem Satz der Motive zum Zwangsversteigerungsgesetz unzweideutig hervor: „Der Grundsatz, auf welchem diese Regelung (d. h. die im § 114 getroffene) beruht, ist mit dem Grundbuchsystem von selbst gegeben. Er geht dahin, daß ein Anspruch, welcher in einem eingetragenen oder einem vorgemerkten Recht sich gründet, insoweit, als er ohne weitere Unterlage sich berechnen läßt, von Amts wegen in den Teilungsplan aufgenommen werden muß“.[1]) Also alle aus dem Grundbuche ersichtlichen Ansprüche, deren Betrag sich leicht ziffernmäßig feststellen läßt, ohne daß irgendwelche anderen Momente berücksichtigt werden müssen, sollen vom Richter ex officio in den Teilungsplan aufgenommen werden. Die auf eine Auflassungsvormerkung fallende Geldsumme wird sich aber immer

---

[1]) Mot. z. ZVG. S. 287.

ohne Schwierigkeiten berechnen lassen. Denn es gebührt dem aus ihr Berechtigten stets der ganze Erlös, soweit er nicht zur Deckung der vorhergehenden Rechte zu benutzen ist, und der zuzuerteilende Betrag ist eben einfach gleich diesem Erlöse unter Abzug der vorhergehenden Rechte. Der Wortlaut des § 114 fordert zwar, daß der Betrag aus dem Grundbuch direkt ersichtlich sein muß, und diese Voraussetzung ist dann nicht gegeben, wenn im Grundbuch nicht eingetragene Rechte, z. B. Grundsteuerbeträge, zu berücksichtigen sind. Indessen müssen auch alle diese Rechte zur Kenntnis des Verteilungsrichters gelangen, so daß er nach der Richtung hin nicht mehr im ungewissen sein kann. Was aber die Interpretation des § 114 ZVG. anbelangt, so wird zu beachten sein, daß die doch zweifellos von Amts wegen in den Teilungsplan aufzunehmenden Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden seinem genauen Wortlaute nicht genügen. Denn nur der Kapitalwert derselben geht direkt aus dem Grundbuch hervor. Der wirkliche, für das Verteilungsverfahren nur in Betracht kommende Wert macht jedoch auch eine besondere Berechnung, nämlich die Feststellung der Zinsbeträge, erforderlich. Es ergibt sich daraus, daß § 114, wenn man sich nur an seinen Wortlaut hält, gerade die Fälle ausschließt, die er treffen soll.

Daher kann lediglich die oben skizzierte klare Bedeutung des § 114 ZVG. für seine Anwendung entscheidend sein, und es muß demnach auch die Auflassungsvormerkung von Amts wegen in den Teilungsplan aufgenommen werden.

§ 8.

Zusammenfassung.

Fassen wir nunmehr noch einmal unsere bisherigen Erörterungen kurz zusammen. Die herrschende Lehre behandelt die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche allgemein, also auch die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche auf Auflassung, wenn sie in das geringste Gebot nicht aufgenommen worden sind, wie bedingte Rechte gemäß §§ 119, 120 ZVG. Da demgegenüber insbesondere unter Hinweis auf den obligatorischen Charakter

der Vormerkung die Berechtigung einer Anwendung dieser Paragraphen bestritten worden ist, mußte es unsere erste Aufgabe sein, die rechtliche Natur der Vormerkung zu untersuchen. Auf Grund dieser Untersuchung sind auch wir zu dem Ergebnis gelangt, daß die Vormerkung kein dingliches Recht ist oder schafft. Während nun vom Standpunkte der dinglichen Theorien aus die Bestimmungen über bedingte Rechte unbedenklich angewendet werden können, muß eine solche Anwendung nach den den obligatorischen Charakter der Vormerkung verfechtenden Doktrinen allerdings zunächst unzulässig erscheinen. Trotzdem steht u. E., auch wenn man den Standpunkt der letzteren einnimmt, einer Anwendung der Vorschriften über bedingte dingliche Rechte nichts entgegen. Wir haben dies vor allem aus der Bedeutung des § 48 ZVG. und dem das Zwangsversteigerungsrecht beherrschenden Surrogationsprinzip zu folgern versucht. Infolgedessen sind wir also zu dem Ergebnis gekommen, daß dem aus der Auflassungsvormerkung Berechtigten der ganze noch vorhandene Rest des Erlöses zuzuerteilen ist. Was schließlich die Geltendmachung der Auflassungsvormerkung im Verteilungstermin anbelangt, so bedarf es, wie wir gesehen haben, nicht einmal einer Anmeldung, da der Richter dem Berechtigten den Rest des Erlöses in bedingter Form schon von Amts wegen zuzusprechen hat.

Zweiter Abschnitt.

Die prälozierte Auflassungsvormerkung.

§ 9.

Zulässigkeit der Zwangsversteigerung.

Während unsere bisherigen Ausführungen lediglich der dem Anspruch des betreibenden Gläubigers im Range nachgehenden Auflassungsvormerkung galten, wollen wir jetzt uns noch kurz der prälozierten Vormerkung auf Auflassung zuwenden. Wir haben bereits in der Einleitung darauf hingewiesen, daß die letztere an praktischer Bedeutung hinter der postlozierten weit zurückbleibt. Denn da sie durch den Zuschlag, wie noch dargelegt werden soll, nicht etwa erlischt, sondern weiter bestehen bleibt, so muß ein etwaiger Ersteher des Grundstücks nach Umwandlung der vorläufigen Eintragung in eine definitive die Rückauflassung an den Vormerkungsberechtigten dulden, ohne von diesem auch nur die geringste Entschädigung zu erhalten. Daß aber unter solchen Umständen ein Grundstück in der Subhastation kaum einen Käufer finden dürfte, ist klar. Die geringe praktische Bedeutung also, außerdem aber der Umstand, daß die in das geringste Gebot aufgenommene Auflassungsvormerkung schon eingehend in der Literatur untersucht worden ist, veranlaßt uns, dieselbe hier weniger ausführlich zu behandeln, und lediglich auf zwei bei ihr vor allem wichtig werdende Fragen einzugehen:

Steht die prälozierte Vormerkung auf Auflassung der Zwangsversteigerung entgegen, und ferner, bewirkt der Zuschlag, wenn er erfolgt, daß die Auflassungsvormerkung erlischt?

Die Stellungnahme zu der Frage der Zulässigkeit der Zwangsversteigerung hängt allein davon ab, welche rechtliche

Natur man der Vormerkung zuschreibt; nur stehen sich hier nicht die Vertreter der dinglichen und der obligatorischen Auffassung gegenüber, sondern es sind teilweise andere Gesichtspunkte maßgebend. Während die postlozierte Vormerkung auf Auflassung, wie wir oben gesehen haben, nur von Othmer als Hinderungsgrund für die Vornahme der Subhastation angesehen wird, nehmen dies für die prälozierte außerdem auch Strecker, Kretzschmar, Endemann und Lippmann an.[1]) Othmers Standpunkt folgt ohne weiteres aus seiner Konstruktion der Vormerkung. Denn danach bedeutet die Auflassungsvormerkung bereits das Eigentum am Grundstück, das Eigentum aber ist ein anerkanntermaßen der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 ZVG.

Diese Othmersche Ansicht ist natürlich aus denselben Gründen abzulehnen, aus welchen wir auch seine Theorie nicht anerkennen konnten, und wir brauchen bloß auf unsere obigen Ausführungen zu verweisen.

Auch die von Strecker[2]) für seine Ansicht geltend gemachten Gründe sind nicht stichhaltig. Zunächst läßt sich die Unterscheidung, die er zwischen Auflassungsvormerkungen macht, wenn sie bedingte und betagte Ansprüche, und wenn sie unbedingte Ansprüche sichern, durch nichts rechtfertigen. Nur im letzteren Falle, meint Strecker, wären sie imstande, die Subhastation gemäß § 28 ZVG. zu inhibieren, während Auflassungsvormerkungen zur Sicherung bedingter und betagter Ansprüche im geringsten Gebot Aufnahme finden sollen. Gegen die Anwendung des § 28 ZVG. haben wir ferner aber prinzipiell einzuwenden, daß er nur dingliche Rechte im Auge hat, den durch Vormerkung gesicherten Ansprüchen aber die dingliche Natur abgeht.

Auf einem ganz anderen Wege gelangt Kretzschmar[3]) zu dem Resultat, daß die Auflassungsvormerkung der Zwangsversteigerung im Wege steht. Ausgehend von der Anschauung, daß die Vormerkung die Natur eines Veräußerungsverbots im Sinne

---

[1]) Dagegen die herrschende Meinung, u. a. Jaeckel S. 204; Fischer-Schäfer S. 222; Philipsen S. 61.

[2]) Strecker S. 121.

[3]) Zwangsversteigerungsrecht S. 264 ff., Grundbuchrecht S. 202/03.

der §§ 135, 136 BGB. habe, will er die für diese gegebene Vorschrift des § 772 ZPO. hier Anwendung finden lassen. Wir haben schon oben bei der Darstellung der verschiedenen Theorien über die Vormerkung auch diejenige zurückgewiesen, die das Wesen der Vormerkung durch eine Gleichstellung mit den Veräußerungsverboten zu erklären sucht.

Wir haben sie deshalb ablehnen zu müssen geglaubt, weil uns wegen der immerhin großen Zahl der Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsinstituten eine analoge Anwendung der für Veräußerungsverbote gegebenen Bestimmungen unstatthaft erschien.[1]) Aus diesem Grunde werden wir auch der Heranziehung des § 772 ZPO. nicht zustimmen können. Wir müßten anderenfalls etwas in das Gesetz hineininterpretieren, an was es auch nicht im entferntesten gedacht hat.

In der Reihe derer, die in der prälozierten Auflassungsvormerkung ein Hindernis für das Statthaben der Zwangsversteigerung erblicken, haben wir vorhin auch Endemann genannt. Daß letzterer hier zu erwähnen ist, muß einigermaßen frappieren, da seine oben auch erwähnte Konstruktion der Vormerkung einem solchen Ergebnis nicht zu entsprechen scheint.[2]) Endemann stützt seine Ansicht auch nicht auf eine gesetzliche Bestimmung, sondern er läßt lediglich einen Zweckmäßigkeitsgrund maßgebend sein.[3]) Es ist klar, daß ein solcher für sich allein noch kein durchschlagendes Argument sein kann.

Mit aller Ausführlichkeit hat schließlich Lippmann in seiner schon genannten Abhandlung „Die Vormerkung auf Auflassung in der Zwangsversteigerung"[4]) die hier bekämpfte Ansicht zu begründen versucht.

Es läßt sich nicht leugnen, daß Lippmann manche Anregungen gibt und einzelne Fragen, die bisher in der Literatur und Rechtsprechung gar nicht oder nur ganz oberflächlich behandelt worden sind, einer sehr gründlichen Untersuchung unterzieht. Aber nach vielen Richtungen sind seine Ausführungen äußerst angreifbar.

---

[1]) Ebenso Neumann S. 454 ff.; Predari S. 205 Anm. 11.

[2]) Hierauf weist schon Othmer S. 109 hin.

[3]) Endemann, Lehrb. Bd. 2, 1 § 65 Anm. 57 c S. 417.

[4]) Iherings Jahrb. Bd. 54 S. 139—196.

Es würde jedoch weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, wollten wir uns hier eingehend mit dem Lippmannschen Aufsatze befassen. Nur auf das, was Lippmann zum Ausgangspunkt seiner Darlegungen macht, auf seine Behauptung, daß § 887 Abs. 2 BGB. auf den Zuschlag überhaupt keine Anwendung finden könne, wollen wir hier noch eingehen. Denn gerade diese Ausführungen scheinen uns einer kritischen Untersuchung am allerwenigsten standzuhalten.

§ 10.

Nichterlöschen der Auflassungsvormerkung durch den Zuschlag.

In seinem Aufsatze will Lippmann zeigen,[1]) daß § 883 Abs. 2 BGB. auf den Zuschlag keine Anwendung finden könne, daß also die prälozierte Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung dem Zuschlag gegenüber wirkungslos bleibe und durch ihn erlösche.

Den Beweis für diese Behauptung glaubt er darin zu finden, „daß nach Abs. 2 des § 883 dem Falle einer Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung der Fall einer Verfügung des Konkursverwalters gleichgestellt ist".[2]) Da eine Verfügung des letzteren rechtsgeschäftliches Handeln sei und eine solche Verfügung der im Wege der Zwangsvollstreckung gleichgestellt werde, so könne nur eine Zwangsvollstreckungsverfügung gemeint sein, die eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Eigentümers nur zum Vollzug bringt.

Eine solche Schlußfolgerung ist u. E. nicht richtig. Wenn das Gesetz besonders hervorhebt, daß auch Versteigerungen des Konkursverwalters der Wirksamkeit entbehren, so liegt das Bemerkenswerte dieser Bestimmung nicht darin, daß dabei wieder gerade rechtsgeschäftliche Akte getroffen werden, denn deren Unwirksamkeit ist ja schon durch den ersten Satz des § 883 Abs. 2 BGB. allgemein ausgesprochen. Es ist vielmehr in der Tatsache zu erblicken, daß auch einem Dritten, und zwar einer Person,

[1]) Iherings Jahrb. Bd. 54 S. 140 ff.

[2]) S. 140.

die sonst kraft ihres Amtes zu Verfügungen über das Grundstück befugt ist, durch eine Vormerkung Schranken auferlegt werden. Will man also schon daraus, daß das Gesetz im § 883 Abs. 2 Satz 2 auch die Unwirksamkeit von Verfügungen des Konkursverwalters statuiert, entnehmen, was es an derselben Stelle unter Unwirksamkeit von Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung versteht, so darf man dabei nicht von dem an sich richtigen Satze ausgehen, daß Verfügungen des Konkursverwalters solche rechtsgeschäftlicher Natur sind.

Ferner steht einer solchen restriktiven Auslegung des § 883 Abs. 2 BGB., wie sie von Lippmann für notwendig erachtet wird, auch noch ein anderes Bedenken entgegen.

Der Ausdruck „im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter“ kommt im Bürgerlichen Gesetzbuch an dieser Stelle nicht allein vor. Das Gesetz gebraucht ihn gleichsam formelhaft noch des öfteren (z. B. §§ 135, 136, 184 Abs. 2 BGB.).

Wäre die Folgerung Lippmanns richtig, so müßte der Ausdruck an allen diesen Stellen in der restriktiven Auslegung zu verstehen sein. Denn das Gesetz kann nicht mit denselben Worten bald das eine und bald das andere zum Ausdruck bringen wollen.

Sehen wir uns aber einmal den § 184 Abs. 2 BGB. an. Er lautet: „Durch die Rückwirkung (der Genehmigung) werden Verfügungen nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen worden oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind“.

Es wird also hier gesagt, daß im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Verfügungen und solche des Konkursverwalters durch die Rückwirkung der Genehmigung nicht ihre Wirksamkeit verlieren. Wäre unter der „Zwangsvollstreckung“ hier auch nur eine solche zu verstehen, die eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Leistung eines Gegenstandes zum Vollzug bringt, so müßte hier gleichfalls der Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren ausgeschlossen werden, d. h. die Wirksamkeit, die andere Vollstreckungshandlungen nach § 184 Abs. 2 BGB. nicht verlieren, würde gerade der Zuschlag einbüßen, also der Vollstreckungsakt,

der sonst die energischste Wirkung ausübt. Die Unmöglichkeit eines solchen Resultats und damit zugleich die Willkür der Lippmannschen Interpretation des § 883 Abs. 2 BGB. leuchtet ein.

Wir glauben somit dargetan zu haben, daß entgegen Lippmanns Ausführungen der Zuschlag von den Zwangsvollstreckungsverfügungen im Sinne des § 883 Abs. 2 BGB. nicht ausgenommen werden darf. Vielmehr wird mit der herrschenden Meinung weiter daran festgehalten werden müssen, daß jede Vormerkung die Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen herbeiführt, mögen es rechtsgeschäftliche, mögen es solche sein, die im Vollstreckungswege erfolgt sind.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.